

*Algunas reflexiones acerca de la política británica contra el monopolio y los acuerdos restrictivos***

INTRODUCCIÓN

En 1891, poco después de aprobarse la Ley Sherman en los Estados Unidos de América, una resolución de la Cámara de los Lores (británica) dejó sentado que no había limitaciones legales efectivas a la formación de cártels y monopolios en el Reino Unido ni al ejercicio de cualquier poder de mercado que se tuviera. La resolución del caso *Mogul Steamship Co. vs. McGregor & Co.*¹ confirmó que las doctrinas de la ley común (*common-law*) relativas a las restricciones del comercio y a las conspiraciones comerciales ya no servían para controlar o moderar la influencia del monopolio y las restricciones en la industria y el comercio. El cambio ocurrido a lo largo del siglo XIX en la interpretación y aplicación judicial de estas doctrinas reflejaba indudablemente un cambio en las actitudes y la opinión pública.

El desarrollo de nuevas políticas contra el monopolio y las prácticas restrictivas después de la segunda guerra mundial, reflejó, a su vez, ampliamente el creciente interés público por el ejercicio del poder de mercado ya sea por empresas dominantes o por cártels. Es realmente interesante señalar que la evolución de las nuevas medidas de política económica desde 1948 ha sido muy raramente objeto de controversias políticas entre partidos, aunque ha habido algunas diferencias de énfasis entre los dos mayores.

Los desarrollos de posguerra se prefiguraban en la importante declaración sobre Política de Empleo emitida en 1944 por el gobierno de coalición. La consecución y el mantenimiento del pleno empleo se convirtió en el objetivo fundamental de la política económica del gobierno después de la guerra, y las medidas para luchar contra las elevaciones de precios y las restricciones indeseables de la producción formaron parte de una colección de medidas desti-

* El presente artículo recoge mi contribución a las sesiones de formación del profesorado organizadas durante el curso 1972-73 por el Departamento de Teoría Económica de la Universidad de Barcelona. Traducción de Manuel Peñalver.

** Las observaciones y opiniones expresadas en este trabajo son de mi entera responsabilidad y no reflejan necesariamente las de la Monopolies Commission, de la cual soy miembro de dedicación parcial.

1. *Mogul Steamship Co. V. McGregor, Gow & Co., et al., (1892) A. C. 25.*

nadas a conseguir el pleno empleo. Vale la pena citar en extenso los párrafos significativos que tratan del monopolio y de los acuerdos restrictivos en la economía, porque explican el marco general y también porque indican el giro que tomarían los acontecimientos:²

Una elevación indebida de los precios, originada por causas distintas de elevaciones de salarios, puede frustrar de modo similar la acción emprendida por el gobierno para mantener el empleo. Por ejemplo, si los empresarios de una industria determinada se confabulan para elevar los precios, la cantidad de dinero adicional creada por la acción del gobierno, con el fin de mantener el empleo, puede ser simplemente absorbida por mayores márgenes de beneficios sin resultar ningún aumento en el empleo...

Los empresarios, deben buscar la recompensa de la empresa y de la buena gestión en una mayor producción y no en precios más altos. En los años recientes ha habido una tendencia creciente a los convenios y los acuerdos, tanto nacionales como internacionales, mediante los cuales los fabricantes han intentado controlar los precios y las producciones, dividir los mercados y fijar condiciones de venta. Tales acuerdos y convenios no actúan necesariamente contra el interés público; pero tienen la posibilidad de hacerlo. Por tanto, el gobierno solicitará poderes para informarse de la extensión y el efecto de los acuerdos restrictivos, y de las actividades de los convenios; y para emprender acciones apropiadas para contener las prácticas que pueden acarrear ventajas a los intereses productivos sectoriales, pero que actúan en detrimento del país en su conjunto.

Del segundo párrafo se desprende claramente que no se intentaba introducir prohibiciones o condenas generales, sino que el método preferido iba a ser la investigación, caso a caso, de los cártels o de las situaciones individuales de monopolio, para considerar y juzgar a cada una por sus propios méritos. Todo iba a ser básicamente distinto del enfoque condenatorio más general enunciado en la Sherman Act de 1890. Además, la relación entre política de monopolios y política de empleo se indica claramente. Por otra parte, esta relación ha persistido; pero en este sentido el acento se ha puesto en el empleo en regiones particulares en lugar de en el empleo agregado como se enfatizó originariamente.

La primera legislación fue la Ley de Monopolios (Monopolies Act) de 1948. Desde entonces ha habido cinco piezas más de legislación (en 1953, 1956, 1964, 1965 y 1968). Los cambios adicionales en la ley, propuestos por el último gobierno laborista en 1970 quedaron frustrados por las elecciones generales de aquel año. El actual gobierno conservador ha introducido un nuevo

2. Employment Policy, Cmd. 6527, 1944.

proyecto de ley, el Fair Trading Bill, algunas de cuyas disposiciones señalaré de pasada. Por tanto, sea cual sea la historia de la productividad británica en otros campos durante el período de posguerra, en materia de producción de legislación sobre monopolios, la actividad británica es posiblemente un record mundial.

No intentaré una exposición detallada de cada una de las piezas de legislación sucesivas. Por el contrario, empezaré por un breve esquema de la posición actual, concentrándome en lo esencial a grandes rasgos, y después consideraré algunos aspectos e implicaciones seleccionados de los acuerdos y la política actuales, bajo tres encabezamientos generales: cárteles, empresas dominantes y fusiones.

En la actualidad, la legislación sobre monopolios asigna las responsabilidades al gobierno (en forma de un ministro y su departamento), a un tribunal y a una autoridad estatutaria independiente, descrita también en ocasiones como un «tribunal» cuasi-judicial.

El tribunal en cuestión es el Tribunal de Prácticas Restrictivas (Restrictive Practices Court) que data de 1956. Es una sección del Tribunal Supremo (High Court). Su jurisdicción abarca los acuerdos restrictivos inscritos y los arreglos (citados también como cárteles de aquí en adelante) en la oferta de bienes así como los arreglos de sostenimiento de los precios de reventa. La autoridad estatutaria independiente es la Comisión de Monopolios (Monopolies Commission) creada en 1948, que investiga y realiza informes sobre el «monopolio» de empresas dominantes en la oferta o adquisición de bienes y servicios, cárteles en la oferta de servicios y fusiones entre empresas. Sin embargo, la Comisión no tiene poderes para iniciar investigaciones: esto es responsabilidad del gobierno. Ni tiene tampoco poder para imponer sus recomendaciones: esto es función del gobierno, que es libre de aceptar, modificar o rechazar las recomendaciones efectuadas por la Comisión. (En realidad generalmente las ha aceptado.)

CÁRTELS

El Tribunal de Prácticas Restrictivas está compuesto por jueces y miembros «profanos» (es decir, miembros que no son juristas profesionales). Estos últimos los designa la Corona y cada uno de ellos es una persona «que le parece calificada al Lord Canciller en virtud de su conocimiento o de su experiencia en la industria, comercio o asuntos públicos».³ Es responsabilidad del Registrador de Acuerdos Comerciales Restrictivos (Registrar of Restrictive Trading Agreements), designado por la Corona, llevar los acuerdos restrictivos inscritos, de forma individual ante el Tribunal, para su sentencia. Cualquier

3. Sobre el papel de los economistas en el trabajo del Tribunal, ver Lord WILBERFORCE, *Law and Economics* (The Holdsworth Club, University of Birmingham, 1966), pp. 24-25.

acuerdo que el Tribunal encuentre contrario al interés público es anulado; y el Tribunal puede dictar una disposición impidiendo a los miembros del cártel llevar a cabo su acuerdo o efectuar cualquier otro «al mismo efecto».

El interés público se establece en una sección de la ley de 1956 que especifica lo que ha venido en llamarse los «portillos» y el «apéndice». En primer lugar, existe la presunción general de que un acuerdo inscrito es contrario al interés público. Pero esta presunción puede quedar sin efecto en un caso concreto si el Tribunal considera que el acuerdo produce efectos favorables en uno o más de los seis apartados establecidos (los «portillos»). Estos portillos incluyen: proporcionar «beneficios o ventajas específicos y sustanciales» a los consumidores; incrementos en el «volumen de ganancias» del comercio de exportación, y la eliminación de desempleo importante y persistente en el área o áreas particulares del país en el que se localiza la industria.⁴ El Tribunal debe quedar satisfecho también de que el acuerdo restrictivo no es «irrazonable» teniendo presente el «balance» entre los efectos favorables y «cualquier detrimento para el público» que se derive del acuerdo. Éste es el «apéndice» que reclama el ejercicio de la «ley compensadora» por parte del Tribunal. En términos económicos, el Tribunal debe efectuar un tipo de análisis coste-beneficio del interés público (no cuantitativo), en el que las categorías de beneficio aceptables están especificadas y limitadas, y las categorías aceptables de costes están trazadas ampliamente.

En el Parlamento se discutió acaloradamente la cuestión de si un tribunal era la clase de autoridad adecuada para decidir los efectos de un cártel sobre el interés público. Considerada más estrictamente, la cuestión era si el Parlamento, a través de la legislación, había hecho «justiciables» las materias que debían ser resueltas por el Tribunal —o sea, en este contexto, si la legislación proporcionaba una guía tan clara y específica al Tribunal, que éste, no tuviera que efectuar elecciones políticas (fuera de un ámbito muy restringido)—. Se afirmó con fuerza, que las materias que concernían al Tribunal no eran justiciables. Por ejemplo, con referencia a la ley compensadora —pesar los beneficios para el público contra los costes para éste— un notable jurista dijo en el Parlamento que:⁵

es esencialmente una decisión política. Que no es en absoluto una decisión para un tribunal —decidir si, en conjunto, una cosa u otra es o no contraria al interés público. Esto es esencialmente una decisión global de las ventajas para el público en su conjunto y naturalmente, es una decisión política. Aquí no estamos aplicando una regla general que está

4. La Ley de 1968 añade un nuevo portillo, admitiendo como defensa que el acuerdo «no restrinja ni desanime directa o indirectamente la competencia en ningún grado material, en cualquier industria o comercio relevante...»

5. Sir L. UNGOED-THOMAS, *House of Common Debates*, 12 de abril de 1956, col. 406. Para una discusión más detallada ver R. B. STEVENS y B. S. YAMEY, *The Restrictive Practices Court* (Weidenfeld and Nicolson, Londres 1965) caps. 3 y 5.

establecida. Aquí no estamos tratando con un caso en que un tribunal está indagando, simplemente, si el caso está incluido o no en una regla general... Nosotros tenemos una función completamente distinta.

Mi propia opinión es que la Ley de 1956 no consiguió limitar las materias concernientes al Tribunal a materias estrictamente «justiciables». La Ley, al incluir varios portillos distintos, estimula un número de objetivos políticos, y no indica ningún orden jerárquico de estos objetivos, ni el peso relativo a asignar a ninguno de ellos, por una parte, y a los detrimentos en el interés público por otra. La multiplicidad de los objetivos políticos significa que el Tribunal debía establecer necesariamente su propio sistema de pesos, el cual implicaba la introducción de juicios de valor. Realmente, la naturaleza peculiar de las materias a determinar por el Tribunal, fue reconocida en su composición mixta, con su combinación de jueces profesionales y miembros «profanos».⁶ Además, cuando en 1964 se introdujo la legislación para controlar las prácticas específicas de sostenimiento de precios de reventa, la sección del interés público se trazó de forma mucho más restringida. Tanto los beneficios como los costes quedaron limitados a aquellos que afecten a los consumidores de los bienes en cuestión. El interés del consumidor proporcionaba la única vara de medir. Los objetivos de política económica eran más claros, y más restringidos, que los expresados en la sección correspondiente de la Ley de 1956.

Se temió que la Ley de 1956 pudiera conducir al Tribunal, a resoluciones que planteasen problemas políticos o que reflejasen inconsistencia, en el sentido de que los «juicios de valor» del Tribunal pudiesen diferir significativamente de uno a otro caso. En cualquier caso, sin embargo, estos temores no se vieron cumplidos. Gran parte de las dudas y aprensiones surgieron a consecuencia de una temprana resolución relativa a un cártel de hilaturas en la industria textil algodonera.⁷ En primer lugar, el Tribunal adoptó una interpretación rigurosa de la presunción de que los cártels eran contrarios al interés público, mientras que quizá le hubiese resultado posible considerarlo más como una presunción «de procedimiento». En segundo lugar, subrayó la rigidez de su interpretación fallando en contra de un cártel, pese a que estaba convencido de que su disolución produciría probablemente desempleo regional sustancial y persistente.⁸ En tercer lugar dijo que, para salvar un

6. «Pero si un tribunal judicial va a hacer juicios de valor en asuntos económicos, es evidente que su composición no puede limitarse a jueces, cuya experiencia se reduce al ejercicio de la ley. Debe incluir, ya sea como miembros o como asesores, a personas con conocimientos y experiencia, en el comercio y la industria, personas que conozcan cómo funciona el sistema económico en la práctica.» W. J. K. DIPLOCK, *The Role of the Judicial Process of the Regulation of Competition* (Oxford University Press, Londres 1967), pp. 18-19.

7. *The Yarn Spinners Agreement* (1959), L.R. I.R.P. 118

8. Después de la decisión en el caso de las hilaturas, hubo asistencia del gobierno en gran escala a la industria textil algodonera.

cártel, no era suficiente mostrar que sus restricciones particulares producían beneficios para el interés público, del tipo que, en principio, podían señalarse para todas las restricciones similares. Por tanto, no bastaba probar que un acuerdo de precio originaba estabilidad del precio de alguna forma, porque todos los acuerdos de precio tenían este efecto. Por el contrario, era preciso mostrar que en la industria y en el cártel en particular había circunstancias especiales y peculiares que daban nueva importancia al beneficio señalado. En otras palabras, el Tribunal interpretó que *el* objetivo político de la Ley era promover la competencia, y que no se podía sostener fácilmente que los presuntos beneficios de la competencia fuesen compensados por cualesquiera beneficios derivados de las restricciones del tipo descrito en los portillos.

La línea dura tomada por el Tribunal en el caso de las hilaturas encontró amplio eco favorable. Naturalmente, no fue bien recibida en algunos sectores de la industria y el comercio, pese a que el enfoque de clara división adoptado por el Tribunal hizo más fácil a los cárteles la decisión acerca de incurrir o no en los elevados gastos de intentar defender sus acuerdos ante el Tribunal. Aunque el Tribunal se ha salido de su camino para desanimar «cualquier tendencia a tratar sus decisiones en casos particulares, como precedentes válidos que afecten a las decisiones en casos posteriores»⁹ —un corolario del enfoque pragmático, caso a caso, planteado ya en 1944— la decisión sobre las hilaturas y una corriente de decisiones con éxito (en las que no se siguió siempre rigurosamente la decisión de las hilaturas) condujo al abandono voluntario de gran cantidad de acuerdos restrictivos. Y relativamente pocos de los acuerdos defendidos han recibido la bendición del Tribunal.

Surgió la posibilidad de que el Tribunal hubiese hecho tan bien su trabajo, que se hubiese excedido. Sin embargo, la jurisdicción del Tribunal se ha extendido progresivamente. En 1964 se incluyeron en su ámbito los acuerdos para el sostenimiento de precios de reventa; aunque también aquí, la mayor parte de los acuerdos afectados han cesado voluntariamente sin esperar una audiencia judicial.

Se han añadido nuevas categorías de acuerdos a la lista de acuerdos registrables, extendiendo, de este modo, el ámbito de las actividades del Tribunal. Los acuerdos de información —por ejemplo, acuerdos para intercambiar información acerca de precios, sin obligar a ningún participante a establecer ningún precio— se han añadido muy recientemente. El actual proyecto de la ley del gobierno propone la obligación de registro de las categorías especificadas de acuerdos restrictivos en la oferta de servicios (la exclusión actual de los cárteles de servicios no se ha explicado nunca). Sin embargo, no serán afectados todos los servicios. Algunos servicios enumerados permanecerán dentro del ámbito de la comisión de monopolios. Así, mientras las restricciones en la oferta de servicios comerciales serán registrables, las de la oferta de algunos servicios profesionales no se tratarán de esta forma. [Debe señalarse, de paso,

9. DIPLOCK, *op. cit.*, p. 25.

que mientras las restricciones en la oferta de los servicios de médicos y abogados van a estar exentas de registro (y por tanto de la investigación del Tribunal), las restricciones en la oferta de los servicios de los economistas (si las hay) no lo estarán. Se podría interpretar esto como significativo de que el Parlamento cree que los economistas son demasiado ineficientes o tienen demasiado espíritu cívico para organizar cártels restrictivos; o de modo menos caritativo, que cualquier cártel de economistas en cuanto que distinto de un cártel de abogados por ejemplo, debería considerarse propiamente como contrario al interés público.]

Pese a la presunción de la Ley de 1956, de que los cártels son contrarios al interés público, la legislación contempla el hecho de que algunos acuerdos restrictivos pueden resultar, sin embargo, de interés público, y en realidad, unos veinte acuerdos inscritos han sido aprobados por el Tribunal. No obstante, es concebible que —en vista de los costes que implican— no sea interesante, para las empresas de una industria, crear o continuar los acuerdos restrictivos que resulten de interés público. El beneficio privado para los miembros del cártel puede ser inferior al coste de una defensa con éxito del acuerdo ante el Tribunal, y el beneficio público puede perderse a consecuencia de ello. La estricta lógica del método de caso por caso parece reclamar de la maquinaria oficial la promoción de los cártels y acuerdos restrictivos «buenos», eximiéndolos de registro por ejemplo. Realmente, esto se llevó a cabo en 1968.

Un departamento del gobierno recibió poderes para apartar de la jurisdicción del Tribunal, cualquier acuerdo que considere *inter alia* «calculado para favorecer la realización de un proyecto industrial o comercial de importancia sustancial para el interés nacional», que intentara «promover la eficiencia en el comercio o la industria, o crear o mejorar la capacidad productiva en una industria» y «actuar, en conjunto, en interés nacional». Los términos usados en esta legislación sugieren, por lo menos, que un acuerdo puede estar calificado para este tratamiento y, sin embargo, no ser capaz de defenderse con éxito bajo ninguno de los portillos de la Ley de 1956. Pero, sea como sea, sólo se ha concedido exención a un acuerdo bajo la Ley de 1968.

EMPRESAS DOMINANTES

La Comisión de Monopolios, que no es un cuerpo judicial,¹⁰ está compuesta de veinticinco miembros. Los actuales provienen de diversos campos: incluyen abogados, un ex-funcionario civil, industriales, consultores, ex-funciona-

10. El hecho de que la Comisión no sea un cuerpo judicial, y no utilice el procedimiento de adversario que se emplea en los tribunales ha originado, a veces, críticas a la legislación y a la Comisión. Es interesante señalar que el método de la Comisión fue examinado en los años 50 por el Lord Canciller (Lord Chancellor) y el Fiscal General (Attorney-General) y declarado satisfactorio a todos los efectos. Ver también C. GRUNFELD y B. S. YAMEY, «United Kingdom» en W. G. FRIEDMAN (ed.), *Anti-Trust Laws, A Comparative Symposium*, 1956, pp. 373-375.

rios de las «trade unions», un banquero y varios economistas académicos.

De 1948 a 1956 se requirió a la Comisión de Monopolios para investigar, bajo referencias proporcionadas por el correspondiente departamento del gobierno, monopolios de una sola empresa y cártels en la oferta de bienes. Los cártels en la oferta de bienes se eliminaron de su ámbito en 1956, básicamente como consecuencia de sus informes sobre cártels individuales y de un informe general (de 1955) sobre una diversidad de acuerdos restrictivos colectivos: sobre la base de estos conocimientos acumulados, el gobierno decidió que los cártels merecían el tratamiento judicial especial comentado antes. Desde 1956 los cártels en la oferta de servicios y las fusiones (que afectasen a bienes o servicios) se sumaron al campo de materias que pueden ser remitidas a la Comisión para su investigación. Limitaré mi análisis a los monopolios de una sola empresa o de empresas dominantes y a las fusiones.

Una empresa dominante o un monopolio de una sola empresa —términos no usados en los estatutos— es una empresa que ofrece un tercio o más de la categoría de bienes o servicios que son objeto de la referencia (la fracción de mercado se ha reducido a un cuarto en el actual Fair Trading Bill). De hecho, la mayor parte de las referencias implicaban participaciones del mercado muy superiores a la tercera parte estatutaria.

Una empresa dominante sujeta a referencia y las «cosas que haga» como resultado de su gran participación en el mercado o para preservarla deben ser valoradas por sus efectos sobre el interés público. El interés público se define muy ampliamente, y, en este sentido, difiere de la especificación del interés público en el estatuto que se ocupa de los acuerdos restrictivos inscritos. En la Ley de 1948, se requiere a la Comisión para que tenga en cuenta «todos los asuntos que resulten ser significativos en las circunstancias concretas». La sección del interés público continúa indicando que deben tenerse en cuenta algunas materias específicas, concretamente la necesidad de conseguir «de manera consistente con la posición económica general del Reino Unido» la eficiencia en la producción y la distribución, la organización más eficiente de la industria y el comercio, la plena utilización de los recursos y el desarrollo de mejoras técnicas y la expansión de los mercados, incluyendo nuevos mercados. El actual Fair Trading Bill, aunque todavía sostiene que deben tenerse en cuenta todas las materias significativas, cambia los indicadores específicos. Se mencionan el mantenimiento y la promoción de la competencia efectiva, así como la promoción de los intereses de los consumidores, compradores y utilizadores de bienes y servicios en el Reino Unido. Además, se menciona el empleo regional: se requiere a la Comisión para que tenga en cuenta la deseabilidad de «mantener y promover la distribución equilibrada de la industria y del empleo en el Reino Unido».

La «definición» abierta e irrestricta del interés público hace virtualmente imposible introducir en la legislación cualquier *presunción* de que una situación de empresa dominante es contraria al interés público, y de hecho, no hay tal presunción en la legislación o en el Fair Trading Bill.

Se puede ir más lejos y sugerir que la inclusión de una presunción de este tipo, sería difícil de sustentar incluso si el interés público estuviese más estrechamente delimitado, limitando por ejemplo la prueba del interés público exclusivamente a la promoción de los intereses de los consumidores de los bienes en cuestión. Sólo un economista atrevido e imprudente afirmaría que, como economistas, poseemos un conjunto de proposiciones o hipótesis bien desarrolladas, teóricamente bien fundamentadas y comprobadas empíricamente, que relacionan la participación en el mercado de una empresa dominante y su actuación económica (o la de la industria a la que pertenece, en su conjunto). A mi modo de ver, tanto el desarrollo de la teoría de la estructura industrial como la acumulación de estudios empíricos no permite conclusiones más firmes que las de que algunas situaciones de empresa dominante (del tipo de las que conciernen a la Comisión según la legislación) pueden perfectamente ser contrarias a los intereses de los consumidores (y del público), y que es juicioso disponer de algún mecanismo para la investigación de tales situaciones y para ponerles remedio cuando, tras su estudio, se considere necesario. Se puede añadir que el proceso de investigación y valoración caso por caso es especialmente difícil por el hecho de que no existen proposiciones claramente correctas, pero sencillas, relativas a cualquier relación necesaria o al menos muy probable entre la participación en el mercado de una empresa dominante y las consecuencias económicas significativas para el interés público. También se puede señalar que, pese a que se ha realizado un progreso considerable, los economistas aún no han conseguido métodos operativos pero fiables para descubrir, por ejemplo, el tamaño óptimo o mínimo eficiente de las empresas. Además, los hallazgos de los numerosos estudios de corte transversal entre industrias relacionando los beneficios o el avance tecnológico a la concentración industrial o al tamaño de la empresa por ejemplo, sugieren que por lo menos parte de la variación no explicada puede ser debida a las particularidades de los empresarios individuales, de los equipos de dirección, de la política comercial o históricas.

La experiencia de los Estados Unidos respecto a los monopolios de una sola empresa apoya las opiniones anteriores. Pese al tono condenatorio general de la Ley Sherman de 1890, el monopolio y la monopolización (distinta de los cárteles) se han tratado de modo más pragmático, caso por caso, y las presunciones generales y las prohibiciones sólo han jugado un papel menor.

En el informe sobre una empresa dominante, la Comisión debe formularse dos preguntas principales: ¿Resulta contraria la existencia de la empresa dominante (las «condiciones» de monopolio) en sí misma, al interés público? ¿Hace algo contrario al interés público como consecuencia de su gran participación en el mercado o para mantenerla? ¹¹

11. La legislación actual sólo se refiere a las «cosas hechas» por el monopolista, y no a cualquier «omisión» por su parte. El Fair Trading Bill amplía el campo de la investigación cubriendo «cualquier omisión que pueda atribuirse a la situación de monopolio».

Respecto a la primera pregunta, la Comisión ha encontrado muy pocos casos en los que la existencia de la empresa dominante era en sí misma (o fuese probablemente), contraria al interés público. Se podría pensar que en tales casos la Comisión habría recomendado que la estructura de la empresa se debería alterar, por ejemplo dividiéndola en varias empresas independientes más pequeñas o separando los estadios sucesivos de una empresa dominante integrada verticalmente, cuando fuese su integración vertical la responsable del detrimento en el interés público. Sin embargo, la Comisión no ha recomendado en ninguna ocasión este tipo de cirugía anti-monopolio y en varios informes ha explicado por qué no lo ha hecho en cada caso particular.¹²

Se ha criticado a la Comisión su fracaso en recomendar el desposeimiento obligatorio de parte de su capacidad a una empresa dominante.¹³ La decisión de si a la Comisión le ha faltado atrevimiento o corrección en el análisis económico de las situaciones de empresa dominante que se le han sometido para investigación, corresponde al lector de sus informes. Aquí quiero especular simplemente acerca de si el gobierno actual habría hecho caso a una recomendación de desposeimiento. Su realización hubiese requerido una legislación especial para aplicarla a la empresa concreta. Además iría contra un sentimiento bastante extendido en ciertos sectores influyentes de que en términos de la competencia internacional, las empresas británicas son, si acaso demasiado pequeñas y no demasiado grandes (un punto de vista que no ha pasado sin oposición pero que sirve de corriente transversal que complica la formulación y puesta en práctica de una política relativa a la competencia y el monopolio). Por último, lo que se remite a la Comisión se refiere a la oferta de una categoría determinada de bienes o servicios y no a las actividades de una empresa particular en su conjunto. La solución de un cambio en su estructura implicaría, por tanto, un difícil salto, de la valoración de una parte de las actividades de la empresa a la valoración (implícita) de los efectos del cambio sobre el total de actividades de la empresa —siendo éste un tema que la Comisión no puede investigar según la remisión—.

Aunque la Comisión ha encontrado muy raramente que la situación de la empresa dominante sea, en sí misma, contraria al interés público, ha resultado que algunas de las cosas hechas por el «monopolista» han sido perjudiciales. Haciendo un resumen se puede decir que la Comisión ha tendido a ser crítica para con las prácticas de las empresas dominantes, del tipo de los contratos o descuentos de sujeción, precios predatorios y otros acuerdos de exclusión, discriminación entre clientes (en especial cuando es de esperar que obstaculicen a los competidores de la empresa o inhiban la entrada de nuevos

12. Ver los siguientes informes de la Comisión de Monopolios: *Films*, 1966, pp. 80-81; *Man-made Cellulose Fibres*, 1968, pp. 83-85; *Beer*, 1969, pp. 114-115; *Metal Containers*, 1970, p. 107.

13. «... Los remedios estructurales, incluyendo la disolución de los monopolios, se han excluido sin nada parecido a una investigación pertinente sobre las razones económicas a favor o en contra de ellos.» A. SUTHERLAND, *The Monopolies Commission in Action* (Cambridge University Press, Cambridge, 1969), p. 76.

competidores) y el establecimiento de precios injustificadamente altos. Pero cada práctica se ha juzgado en cada caso por sus propios méritos en las circunstancias particulares de la empresa y su industria. No se ha desarrollado ni ha surgido ninguna doctrina que considere ciertas prácticas contrarias *per se* al interés público. Por otra parte, una práctica tal como el descuento a los clientes, a una tasa que dependa de las compras totales del consumidor individual a la empresa durante un período, se ha considerado contraria al interés público casi invariablemente; y las empresas deben tener una idea bastante buena del tipo de prácticas que atraerá una atención particularmente crítica.

Una generalización conexa sobre el contenido de los informes de la Comisión, acerca de las situaciones de empresa dominante, es que la Comisión se ha ocupado mucho de las prácticas que tienen como efecto inhibir las actividades de los competidores más pequeños y desanimar la nueva entrada. Ocasionalmente también ha recomendado que las restricciones impuestas por el gobierno a la nueva entrada, debían ser eliminadas o atenuadas, para liberar presiones competitivas más fuertes sobre la empresa dominante. Es dudoso que los economistas estén en desacuerdo con este énfasis en los informes. En este contexto, sin embargo, se puede plantear la cuestión de si la presencia en un mercado, de una empresa con una participación preponderante, a veces no puede constituir por sí misma lo que se conoce con el nombre de barrera de entrada, incluso aunque esta empresa no despliegue ninguna práctica o política específicamente contraria a la entrada.

Hasta aquí, me he concentrado en la empresa dominante y en sus prácticas; y se ha dado a entender que las otras empresas menores en la industria sirven como restricción en su ejercicio de poder de mercado. Pero naturalmente es concebible que una empresa dominante pueda tomar la delantera consiguiendo algún tipo de maximización conjunta de grupo en la que todas las empresas participen de forma más o menos no competitiva y armoniosa. La empresa dominante puede hacer de líder de precio para un grupo complaciente de oligopolistas o puede adoptar tales términos de intercambio que atraigan y faciliten respuestas de adaptación no competitivas de las demás empresas de la industria.

Cuando estas situaciones oligopolísticas toman la forma de un acuerdo restrictivo registrable, o arreglo, el Tribunal de Prácticas Restrictivas será el árbitro.¹⁴ Pero cuando no hay acuerdo registrable, la situación de oligopolio en sí ¿puede remitirse a la Comisión para su investigación e informe? La respuesta a esta cuestión depende de la interpretación de un subepígrafe a una sección de la Ley de 1948. Parece claro que uno de los principales

14. «En tres sentencias recientes del Tribunal de Apelación (Court of Appeal)... se ha dado un sentido muy amplio al término 'arreglo' (registrable). Se ha sostenido que incluye cualquier conducta por medio de la cual dos personas crean la una en la otra el convencimiento mutuo de que cada una de ellas actuará de una forma determinada. La existencia de un 'acuerdo' registrable o de términos adicionales a los que se han incluido en el documento escrito, se puede inferir, por tanto, de la conducta de las partes.» DIPLOCK, *op. cit.*, p. 12.

arquitectos de esta ley, Mr. Harold Wilson, pensaba que la expresión en cuestión cubría el liderazgo de precios no colusivo: ¹⁵ «Esta cláusula autoriza a la Comisión a investigar las condiciones descritas habitualmente como 'liderazgo de precio' en el que una empresa, sin estar en una posición de monopolio y sin existir ningún cártel formal ni asociación para fijar el precio, puede influir en el precio y en otras condiciones de oferta...» Sin embargo, aunque en unos pocos de sus informes, la Comisión ha reconocido la existencia de liderazgo de precio, hasta ahora no ha tratado la situación resultante de precio no competitivo como 'condición de monopolio' en sí misma, para ser valorada independientemente de la existencia de la empresa dominante y de las prácticas restrictivas ¹⁶ y hasta ahora no se ha remitido a la Comisión ninguna industria únicamente sobre la base de una sospecha de situación oligopolística no colusiva y no competitiva.

FUSIONES

Las investigaciones y los informes sobre las situaciones de empresa dominante raramente despiertan mucho interés en el público. Por el contrario, las investigaciones sobre las fusiones, han despertado, a veces, una atención muy considerable. Los informes aparecen con prontitud. Hay mucha publicidad sobre los intentos de grandes absorciones, especialmente cuando son contestadas o cuando hay dos oferentes rivales.

Hasta 1965 las fusiones no pudieron remitirse a la Comisión para su investigación. Esta omisión en el mecanismo promotor de la competencia puede haber animado las fusiones y la concentración más elevada en algunas industrias, y más con posterioridad a 1959 cuando parecía claro que el Tribunal de Prácticas Restrictivas sería muy crítico para con los cártels.

En 1965 empezó el control de las fusiones. Podían remitirse a la Comisión a discreción del correspondiente departamento del gobierno, cuando la fusión podía crear o intensificar una situación de monopolio (dentro del sentido de la Ley de 1948) o cuando la empresa objeto de la fusión tuviese activos superiores a 5 millones de libras. De este modo la posibilidad de ser informada depende de uno de los dos rasgos —el monopolio o su expansión; y el tamaño absoluto (con el modesto límite inferior de 5 millones de libras)—. El departamento del gobierno correspondiente puede suspender una fusión hasta que la Comisión ha emitido su informe, dentro de un límite de tiempo (de hasta seis meses) impuesto por el departamento. Algunas fusiones se abandonaron poco tiempo después de que se remitieran para investigación, otras han finalizado por la emisión de un informe adverso de la Comisión; y una no se ha completado, pese al informe favorable, debido a los cambios

15. H. WILSON, *House of Common Debates*, abril de 1949. Col. 2033.

16. Para una discusión, ver B. S. YAMEY, «The Monopolies Commission Report on Cigarettes and Tobacco», *Modern Law Review*, vol. 24 (1961), pp. 749-753.

intermedios en las cotizaciones de bolsa de las acciones de las dos compañías. El temor de que pueda remitirse ha logrado también la discontinuidad de negociaciones para la fusión. El impacto de la legislación sobre fusiones ha sido, por tanto, bastante considerable, incluso aunque sólo una pequeña proporción de todas las fusiones elegibles se haya remitido a la Comisión para su investigación.

Como en las situaciones de monopolio o de empresa dominante, para las investigaciones sobre fusiones, el interés público abarca todas las materias y consideraciones que la Comisión crea significativas. A diferencia de lo que ocurre con los casos de fusión en los Estados Unidos, los temas no se limitan a los relativos al monopolio y la competencia. El tamaño absoluto de las empresas, la eficiencia, la concentración agregada, el empleo en una región (vía redundancias o la creación de nuevas oportunidades de empleo) —todos éstos pueden, en principio considerarse relevantes—. (De hecho, la lectura de los informes de la Comisión sobre fusiones muestra que tiende a concentrarse básicamente en los temas de concentración y competencia dentro de la industria o comercio afectados, temas que inevitablemente plantean el problema de la demarcación apropiada del mercado significativo.)

El hecho de que se pueda someter a investigación una fusión, incluso aunque no acarree, ni sea probable que lo haga, problemas de monopolio o competencia (en cuanto satisfagan el modesto criterio de tamaño), tiene distintas implicaciones, de las cuales voy a señalar dos.

En primer lugar, es posible que las fusiones se sometan a investigación en gran medida por razones políticas, por ejemplo, si existe preocupación pública acerca de algún tipo de fusión o de fusiones de empresas o individuos de una categoría determinada. Si esto sucediera en alguna medida —y nada sugiere que haya ocurrido hasta el momento— podría acarrear el descrédito para el mecanismo de control de las fusiones, en especial debido a que la preocupación del público en estas materias puede experimentar fluctuaciones de la moda a corto plazo.

La segunda implicación va más lejos y es más profunda. Una fusión es una forma de decisión de inversión. Si la ley establece la supervisión pública de tales decisiones de inversión por razones distintas de la previsión de situaciones de monopolio o de su intensificación, ¿por qué no establece también la supervisión pública de las otras decisiones de inversión de escala similar? Si se van a someter a escrutinio las fusiones por sus efectos probables sobre la eficiencia, las exportaciones o el empleo regional o local, o por sus implicaciones sobre la concentración agregada de la economía, ¿por qué las decisiones de inversión sin fusión no están sujetas a un escrutinio semejante? Porque es evidente que respecto a esto, en principio, los acuerdos de fusión no difieren de las decisiones de una empresa respecto a su crecimiento interno y a su consiguiente tamaño o respecto a su diversificación: la única diferencia parece ser que la fusión tiene lugar en público y significa necesariamente la eliminación de una empresa independiente.

No estoy abogando en absoluto en favor de que todas las decisiones de inversión superiores a un determinado tamaño y realizadas por las grandes compañías, deban estar sujetas, a discreción de un departamento del gobierno, a un proceso de evaluación y control por parte de un departamento del gobierno o un organismo independiente. Lo que estoy señalando es que la extensión del control sobre las fusiones, a las situaciones en que el monopolio no está en cuestión y para cubrir materias distintas de los efectos de las fusiones sobre el monopolio y la competencia, en buena lógica, parece proporcionar justificación a la investigación y control público de las decisiones ordinarias de inversión de las empresas privadas.¹⁷ Esta implicación lógica de la política actual plantea el problema de la deseabilidad de la política.

Anteriormente, en la página 136 he dicho que una implicación del enfoque pragmático, de caso por caso, a los cárteles, es que puedan existir cárteles favorables al interés público. De modo similar, realmente, *a fortiori* en ausencia de cualquier presunción general relativa a las fusiones en la ley, existe la implicación de que algunas fusiones puedan ser de interés público. Y entonces sólo falta un paso para concluir, no sólo que estas fusiones *no* deben someterse a la Comisión de Monopolios para su investigación, sino también que debe establecerse un organismo público para promoverlas y estimularlas con la ayuda de fondos proporcionados por el gobierno.

De hecho, durante el período de 1967 a 1970 funcionó un organismo de este tipo. La Corporación de Reorganización Industrial (Industrial Reorganization Corporation) (IRC) dotada con fondos del gobierno, recibió poderes para conseguir fusiones *inter alia* cuando, en su opinión, éstas mejorasen la estructura de las industrias afectadas.¹⁸ Sus actividades en este terreno se difundieron en gran medida basándose en la creencia de que la dirección de las compañías y los intermediarios financieros no eran suficientemente conscientes de las ventajas de algunas fusiones y que debían aplicarse algunos estímulos, con incentivos financieros si esto era necesario.

No corresponde a este trabajo el intentar una valoración del experimento de la IRC. Pero vale la pena señalar que, cuando la IRC estaba funcionando, a algunos observadores les resultaba incomprensible que el gobierno hubiese establecido dos organismos, uno para impedir las fusiones y el otro para animarlas cuando fuese necesario. Pero la inconsistencia aparente se resuelve,

17. Para una discusión más detallada de las materias, ver B. HINDLEY, *Industrial Merger and Public Policy* (Institut of Economic Affairs, Londres 1970). Este trabajo constituye un análisis crítico de la política británica sobre las fusiones. Para las opiniones del Partido Laborista acerca de la necesidad de control público en las decisiones de inversión privada, ver *The Times* 1 de marzo de 1973 y 2 de marzo de 1973. Estas exposiciones (la segunda es de Mr. Roy Jenkins) se refieren a la necesidad de tales controles, en términos de objetivos distintos de la promoción de la competencia.

18. Según W. G. McClelland, un director de la IRC durante su existencia: «El principal propósito de la Corporación era conseguir las fusiones que de otro modo no se hubiesen realizado». W. G. McCLELLAND, «The Industrial Reorganization Corporation 1966/71: An Experimental Prod», *Three Banks Review*, junio 1972, p. 23. Este artículo reseña las actividades de la IRC.

por lo menos en principio, al reconocer la naturaleza pragmática de la aproximación británica al monopolio y la competencia. La coexistencia de los dos organismos era realmente una ilustración gráfica de la lógica de este enfoque. Sin embargo, había algo raro en una situación en la que algunas fusiones eran oficialmente estimuladas al mismo tiempo que existía una preocupación tanto oficial como del público acerca de la fuerte tasa a que se estaban realizando las fusiones. La dote concedida a ciertos contrayentes poco dispuestos al matrimonio por un gobierno paternalista, parecía sorprendente cuando el número de matrimonios sin protección causaba cierta preocupación.

Mi último punto se refiere a un tema relativo no sólo a las fusiones, sino también a los cárteles, los cárteles de exportación (que pueden ser sometidos a la Comisión de Monopolios) y las situaciones de monopolio. He hecho hincapié en la persistencia, desde 1948 en adelante, del enfoque caso por caso, considerándose cada caso por sus propios méritos y en sus circunstancias y entorno concreto. Este enfoque particularista hace difícil al organismo asesor tener en cuenta consideraciones más generales, que vayan más allá de la fusión considerada, a la economía en su conjunto. Por tanto, esto dificulta la valoración y, quizá más aún, la aplicación de soluciones a fenómenos y tendencias amplios —de la economía— de los que cada fusión particular no es más que un incidente independiente.

Esta limitación del método caso por caso se pone de relieve en un informe reciente de la Comisión de Monopolios sobre una fusión de periódicos de provincias.¹⁹ Tras referirse al carácter general de las tres investigaciones sobre fusiones que acarrearían la compra de compañías editoras de un semanario local, por parte de grupos nacionales de periódicos, la comisión observaba que si el proceso de adquisición proseguía, «el resultado podría ser, con el tiempo, una prensa consistente de modo predominante en un pequeño número de grandes grupos cada uno de los cuales manejaría un periódico nacional, o más, y una cantidad considerable de periódicos locales». Y seguía:

Aunque la Comisión de Monopolios puede, y quiere, cada vez que se le someta una fusión que implique periódicos locales, estar constantemente atenta a las indicaciones de un desarrollo de este tipo, reconocemos las dificultades existentes para tratar de forma adecuada este problema general, dentro del ámbito de un problema relativo a una adquisición concreta de periódicos locales.

Este trabajo no pretendía abarcar todos los problemas fundamentales que plantea la política británica respecto al monopolio y la competencia. No he dicho casi nada sobre las políticas y medidas que deliberadamente o no,

19. Monopolies Commission, *The Berrow's Organization Ltd. and The County Express Group*, 1972, párrafos 75-76.

tienden a restringir la competencia, y nada sobre monopolios y restricciones en el mercado de trabajo.²⁰ Pero ya he monopolizado bastante su tiempo y su atención, e incluso un monopolista —temporal en mi caso— debe tener en cuenta el interés de sus consumidores.

20. El Fair Trading Bill abre nuevos terrenos. Si se aprueba, permitirá al ministro responsable obtener informes de la Comisión de Monopolios acerca de las prácticas restrictivas en el trabajo y sus efectos sobre el interés público. Sin embargo, los procedimientos para la aplicación de remedios según la legislación no serán aplicables en tales casos. Además, se excluyen las prácticas «exclusivamente relativas a la tasa de remuneración»